

## 証人尋問（その一）

菅原 郁夫

### I 公務員の尋問

#### 一 旧法下での議論

#### 二 改正の経緯と改正点

#### 三 新法下での解釈論上の諸問題

##### 1 一九一条の一項と二項との関係

##### 2 証言拒絶要件の具体的内容

##### 3 承認拒絶に対する司法審査の可能性

#### 四 文書提出命令における公務文書の扱いとの関係か

らの解釈

### II 受命裁判官等による証人尋問

#### 一 旧法の限定解釈から機能性の拡充へ

### 証人尋問（その二）

### II 直接主義・公開主義との関係

#### 1 現場での尋問

#### 2 当事者に異議のないとき

#### III 尋問順序の変更と対質の利用

##### 一 旧法下での交互尋問制度の問題点と改正の経緯

##### 二 尋問順序の変更

##### 1 本人訴訟への対応

##### 2 反対尋問権の保障から実質的反証権の保障への

転換の必要性

##### 3 異議権の解釈

#### 三 対質尋問の活用と問題点

## I 公務員の尋問

### （公務員の尋問）

第一九一条 公務員又は公務員であつた者を証人として職務上の秘密について尋問する場合には、裁判所は、当該監督官庁（衆議院若しくは参議院の議員又はその職にあつた者についてはその院、内閣総理大臣その他の国務大臣又はその職にあつた者については内閣）の承認を得なければならない。

2 前項の承認は、公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある場合を除き、拒むことはできない。

旧二七二条 官吏又ハ官吏タリシ者ヲ証人トシテ職務上ノ秘密ニ付訊問スル場合ニ於テハ裁判所ハ当該監督官庁ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス

2 前項ノ規定ハ他ノ公務員ニ付之ヲ準用ス

旧二七三条 内閣総理大臣其ノ他ノ国務大臣又ハ其ノ職ニ在リタル者ヲ証人トシテ職務上ノ秘密ニ付訊問スル場合ニ於テハ裁判所ハ内閣ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス

旧二七四条 衆議院若ハ參議院ノ議員タリシ者ヲ証人トシテ職務上ノ秘密ニ付訊問スル場合ニ於テハ裁判所ハ其ノ院ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス

## 一 旧法下での議論

証人義務は公法上の一般義務と解されている。この義務は、憲法三二条の国民の裁判を受ける権利、とりわけ真実に基づく公正な裁判を受ける権利を保障すべく、民事訴訟法によって規定されている（民訴一九〇条、伊藤眞「証言拒絶権の研究（1）」―公務員の証言拒絶権を中心として」ジュリスト一〇五一号八九頁参照）。しかし、同時に、この義務は、訴訟における真実追求と証言によって侵害される個人利益や公益とのバランスの元に存在している。そのため、一定の場合においては、真実追求以上に個人利益の保護や公益の保護が優先され、そのために証言拒絶権が規定されている。

公務員の証言義務に関しては、公益保護のため、国家公務員法一〇〇条一項、地方公務員法三四条一項およびその他の特別法が、公務員の秘密保持義務を規定している。そして、旧法二七二条は、公務員が職務上の秘密について証言する場合には、裁判所が当該監督官庁の承認を得ることを必要としていた。しかし、この公務員の証言拒絶に関しては、証言事項が職務上の秘密にあたるか否かを裁判所が判断しうるのかという、職務上の秘密性の判断権限、さらに、職務上の秘密にあたるとした場合でも、いかなる基準で監督官庁は承認を拒絶することができるかという点に関して、旧法時代から争いがあった。

尋問事項が職務上の秘密に該当するか否かの判断権の点について、旧法下では、尋問事項書の記載から、証言事項が公務員の職務上の秘密にかかわることが明らかな場合には、直ちに監督官庁に承認を求める手続をとるし、尋問事項書からは職務上の秘密に該当するとの判断ができず、いったん証人として採用した後にも、当該公務員が尋問に際し、証言すべき事項が職務上の秘密に関するのと判断した場合には、それを疎明して証言を拒絶することができるとされていた。しかし、この後者の場合、疎明された事項、すなわち、当該証言事項は職務上の秘密にあたるか否かについて裁判所が判断権を有するか否かに関しては、争いがあった。通説は、旧法二八三条が旧二七二条の場合を拒絶事由判断の対象外としていることから、裁判所としては、いったん適式な拒絶があると、その拒絶が正当なものかどうかの裁判をせず、そのまま監督官庁に承認を求める手続をとるべきであると解していた（井口牧郎「公務員の証言拒絶と国公法一〇〇条」実務民事訴訟法講座1巻三〇二頁）。沿革的にも、旧二七二条のもととなった、大正大改正前の旧民訴三〇一条一項は、旧二八一条一項の場合においてなした「拒絶ノ当否ニ付テハ所属庁又ハ最後ノ所属庁ノ裁定ニ任ス」として職務上の秘密の該当性に関する判断は、全面的に監督官庁に委ねられることになっていた。大正の大改正において、この文言自体は削除されたが、改正理由においても旧二三八条一項の趣旨はこの大正改正前の旧条文と同一であり、判断権限は監督官庁にあると解されていた（伊藤「前掲証言拒絶権（1）」一九一頁、松本博之ほか編・日本立法資料全集13民事訴訟法【大正改正編】（4）二九六頁、二〇八頁）。

しかし、これに対しては有力な反対説がある。その説によれば、たとえば、職務上の秘密とは区別される職務上知り得た秘密といったものも存在し、そもそも職務上の秘密概念に解釈上争いがあるにもかかわらず、それを監督官庁の判断に委ねることは適切でないこと、および、証言拒絶事由は旧二八二条により疎明されることになるが、

その疎明に対して裁判所の判断がなされない点も整合性を欠く点を指摘する。反対説によれば、二八三条一項は、職務上の秘密の該当性判断は裁判所が行うが、その判断の結果を裁判ではなく、監督官庁への承認を求めるという形で示すことを規定するに過ぎないと解釈すべきことになる。

次に問題となるのは、証言事項が職務上の秘密にあたる場合、どのような場合に監督官庁がその承認を拒むことができるのかという点である。国家公務員法一〇〇条二項や地方公務員法三四条三項は、法律または政令に定める条件および手続に係る場合を除いては、これを拒むことはできない旨を定めている。この規定を受けて、刑事訴訟法は、「国家の重大な利益を害する場合を除いては、承認を拒むことはできない」と規定している（刑事法一四四条但書）。これに対して旧民事訴訟法上には、何等規定がなかった。大正大改正前の民事訴訟法では、二九〇条二項で、「此許可ハ証言カ国家ノ安寧ヲ害スル恐レアルトキニ限リコレヲ拒ムコトヲ得」と定めていたが、この規定は、改正にあたり当然のことを規定したものとして削除され（松本博之ほか編・日本立法資料全集12民事訴訟法【大正改正編】（3）二二八頁）、承認を与えるか否かは監督官庁の裁量に委ねることとされた。しかし、これを完全に監督官庁の自由裁量とすることには疑問が呈されており、学説上の刑事訴訟法同様、「国の重大な利益を害する場合」にかぎって承認を拒むことができると解するべきであるといった指摘がなされていた（斎藤秀夫ほか編・注解民事訴訟（7）四〇二頁）。

## 二 改正の経緯と改正点

以上のような議論の中、改正作業の過程では、監督官庁の承認拒絶要件についての検討がなされた。検討課題の

中では、刑事訴訟法と同様に、「国の重大な利益を害する場合を除いては、これを拒むことができない」とする考え方が示されていた（法務省民事局参事官室編「民事訴訟手続の検討事項」別冊NBL no. 23, 三四頁以下）。しかし、要綱試案段階では、民事訴訟と刑事訴訟の基本的違いにもかかわらず、承認拒絶要件のみを同一にすることへの疑問や、旧二八一条一項三号が私人には証言拒絶権を与えているのに対し、公務員に関しては「国の重大な利益を害する場合」以外証言を拒絶できないとするのは、私人との間でバランスを欠く点、さらに、職務上の秘密に該当する事項のなかには国民のプライバシーにかかわる事柄もあり、これらに関して国家的な利益の観点から証言拒絶を判断するのはプライバシー保護の面から問題があるといった点が指摘され、具体的な案を提示するに至らなかった（法務省民事局参事官室編「民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明」別冊NBL no. 27, 四二頁以下）。

しかし、改正要綱案における指摘に対しては、一方で、公益上の理由から証言を拒絶できる範囲を狭く解し、刑事訴訟と同様の基準を用いても、いわゆる職務上知り得た秘密に関しては、私人間の証言拒絶の要件を別途かけうることなどから、取り立てて不合理な立法を導くものではないといった批判がなされ、むしろ承認拒絶要件は刑事訴訟法と同一の「国の重大な利益を害する場合」として要件を明確化すべきであるし、さらには、行政庁の拒絶に対しては、司法的コントロールがなし得るように規定を設けるべき旨の指摘もなされていた（滝井繁男＝飯村佳夫「公務員の証言拒絶」判例タイムズ八四九号三七頁以下、伊藤「前掲証言拒絶権の研究（3・完）」ジュリスト一〇五三号六一頁以下）。

最終的には、要綱案において、旧二七二条から二七四条までの三カ条が一九一条一項にまとめられると同時に、同一項において、監督官庁が承認を拒みうるのは「公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそ

れがある場合」という要件が付されることとなった。

### 三 新法下での解釈論上の諸問題

以上の改正により、新法は監督官庁の承認拒絶要件の明確化をはかったが、その他の部分は基本的に旧法の規定を引き継いだ。そのため、職務上の秘密に関する議論、すなわち、職務上の秘密と職務上知り得た秘密との関係に関する議論および職務上の秘密の範囲の判断権者に関する議論は、新法においても残ることになろう。ここでは、おもに改正によって生じた新たな問題について考えてみる。

#### 1 一九一条の一項と二項との関係

第二項に関しては、新法において監督官庁の拒絶要件が新たに規定されるに至ったことから、新たにいくつかの解釈論上の問題が生じたといえる。一つは、この二項にいう「公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある場合」にのあたる秘密と一項の職務上の秘密との関係である。従来、公務員の「職務上の秘密」とは、それを公表することが国家あるいは公共の利益を害する性質をもつものに限るとされていた（大判昭和一〇年九月四日新聞三八八六号一四頁、東京高決昭和四四年一〇月一五日行裁例集二〇卷一〇号一二四五頁、高松高決昭和五〇年七月一七日行裁例集二六卷七二八号八九三頁、菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅱ四六九頁、兼子一ほか、条解民事訴訟法九八八頁など）。そのため、立法担当者の説明では、これらは同一の内容であり、一項の職業上の秘密は、裁判所が承認を得るため要件として規定したものであり、二項は、監督官庁が承認を拒絶できる場合の要件を

規定したもので、一項の内容を具体化したものであるとする（研究会「新民事訴訟法をめぐって（14）」ジュリスト一一二二二五頁（柳田発言）。これに対しては、二項の要件は、一項の職業上の秘密に限定を加えたものと解すべきであるとする見解も存在する（前掲研究会・ジュリスト一一二二二五頁（秋山発言）。この見解によれば、職務上の秘密であってもそれだけでは監督官庁が承認を拒絶する理由とはならず、「公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある場合」といったさらに厳しい要件にあてはまるもののみが承認拒絶の対象になることになる。その様に解することによって、刑事訴訟法では「国の重大な利害を害する場合」と規定されているのとなるべく同一の解釈を試みようというのがその意図である。その意図を考えると、問題の根幹は後述の証言拒絶要件の具体的内容にあるものといえる。

## 2 証言拒絶要件の具体的内容

承認拒絶要件に関しては、より本質的な問題として、今回規定された「公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある場合」という要件が具体的にどのような場合を意味するのかという疑問が存在する。この点に関して、立法担当者は、民事訴訟と刑事訴訟とでは真実発見の要請に違いがあること、および、民間人に関しても職業上の秘密に関しては証言拒絶権が認められていることなどから、公務員の職務上の秘密に関して、民間人以上の厳しい要件が課されてはバランスを失するといった考えを示している。これに対しては、単に職務の遂行に支障があるのみではなく、著しい程度の支障が必要である、といった見解、とくに、行政庁の行為の違法性が問題となるような事件においては、その判断にとって重要な情報の場合には「公務の遂行に著しい支障があ



る」にみではなく、「国の安寧秩序に影響がある」といった事情のない限り拒絶はできないとすべきであるといった見解も存在する（前掲研究会・ジュリスト一一二二号一二六頁（竹下発言、秋山発言））。

### 3 承認拒絶に対する司法審査の可能性

さらに、新法下においては、以上のような拒絶要件が明確されたことに伴い、承認拒絶の場合には、行政庁の承認拒絶の判断に対して司法審査が及ぶべきか否かが議論の対象となる。新法一九九条一項は、旧二八三条一項同様、公務員の証言拒絶事由は裁判所の審理対象外とされている。それ故、旧法同様、新法下においても、行政庁の承認拒絶の判断には司法審査が及ばず、行政庁は承認拒絶の理由を付すことも強制されないというのが立法者側の考えであり、学説にも、不当な拒否は不当な行政処分として、行政不服なり行政訴訟の可能性があるとする見解もあるものの、拒絶理由の不当は裁判所の判断権限外とするのが多数説であろう（中野貞一郎・解説新民事訴訟法四五頁、伊藤眞・民事訴訟法三二七頁）。これに対し、文書提出命令制度の再検討において公務員の保管する文書の提出要否に関して裁判所による判断の可能性が検討されていることなどを勘案し、公務員の証人尋問の不承認に関しても裁判所の判断権を認める解釈をとるべきであるといった見解が有力に主張されている。とくに制度の違いはあるものの、ドイツにおいては行政裁判所法上、情報を開示することが国の安寧秩序を害する場合には、国に開示を拒絶する権限は与えているが、国は当事者の申立により当該情報が国の安寧秩序を害することを疎明しなくてはならず、その疎明の程度については裁判所が判断できるとされている点は注目に値する（前掲研究会・ジュリスト一一二二号一二七頁（秋山発言、竹下発言））。

#### 四 文書提出命令における公務文書の扱いとの関係からの解釈

以上のような、解釈上の諸問題は、今後の議論によって解決されていかななくてはならない点であるが、その作業にあたって留意しなくてはならないのは、現在進行中の公務員の保管する文書に関する文書提出命令にかかわる事項についての改正作業である。周知のように、右事項に関しては、政府提出原案が国会において修正を受け、現在の新たな立法作業が進行中である。このたび国会に提出された民事訴訟の一部を改正する法律案（平成一〇年四月一〇日提出）によれば、提出除外文書として、「当該文書の提出により公共利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれのあるもの、刑事訴訟に関する書類及び少年の保護事件の記録等」があげられ、それ以外の文書は提出義務があるものとされている。そしてさらに、その除外理由を判断するための手続として、いわゆるインカメラ手続を設けることが予定されている。この様な改正方向は、基本的には、公務員の証言承認拒絶要件と統一性を保つものであるが、その最終判断権限を裁判所側に与えた点に大きな違いがある。この様な方向は、国会における付帯決議の趣旨にも合致するものであり、基本的にはその方向性を支持しうるものであると同時に、今後、証言拒絶権の問題を検討するにあたって、当然参照されるべき改正点といえる。

具体的に前述の証言拒絶権にかかわる解釈上の諸問題との関連でいえば、文書提出命令においてインカメラ手続が認められたことから、承認拒絶理由に関しても、司法審査の余地を認める解釈をとるべきであろう。もちろん本来は立法による解決が望まれる。しかし、当面、次のような解釈が妥当であろう。すなわち、一九八条により監督官庁は承認を拒絶する理由を疎明することが必要であり、それに対しては、裁判所が一九九条一項に該当するか否

かの判断権を有すると解すべきである（同旨、伊藤眞・民事訴訟法三二六頁）。それと同時に、一九八条一項の職務上の秘密は、立法担当者が指摘するように、同二項の「公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生じることのある場合」と同一のものと解し、この要件を満たさない場合には、職務上の秘密にあたりないものとして証言拒絶権は認められないものと解すべきである。さらに、二項の具体的な内容としては、前段の「公共の利益」に関してはこれを行政側の利益ではなく、国民全体の利益と捉え、後段の「公務の遂行に著しい支障の生じるおそれ」に関しては、行政側の責任が追及されている訴訟に関しては、これをかなり限定的に解するといった解釈が妥当なものと思われる（前掲研究会・ジュリスト一一二一号一二六頁（竹下発言））。この様に解釈する場合、裁判所が職業上の秘密に該当すると判断した事項に関しての承認拒絶の可否の判断権は監督官庁が持つことになるが、職業上の秘密概念の判断を裁判所が厳格になすことによって、行政庁が安易に承認拒絶権の行使をなすことに一定のコントロール及ぼしうるものと思われる。

## II 受命裁判官等による証人尋問

（受命裁判官等による証人尋問）

**第一九五条** 裁判所は次に掲げる場合に限り、受命裁判官又は受託裁判官に裁判所外で証人の尋問をさせることができる。

- 一 証人が受訴裁判所に出頭する義務がないとき、又は正当な理由により出頭することができないとき。
- 二 証人が受訴裁判所に出頭するについて不相当な費用又は時間を要するとき。
- 三 現場において証人を尋問することが事実を発見するために必要であるとき。
- 四 当事者に異議がないとき。

旧二七九条 左ノ場合ニ於テハ受命裁判官又ハ受託裁判官ヲシテ証人ノ訊問ヲ為サシムルコトヲ得

- 一 証人力受訴裁判所ニ出頭スル義務ナキトキ又ハ正当ノ事由ニ因リ出頭スルコト能ハサルトキ
- 二 証人力受訴裁判所ニ出頭スルニ付不相当ノ費用又ハ時間ヲ要スルトキ

## 一 旧法の限定解釈から機能性の拡充へ

旧法下では、証拠調べ一般につき、直接主義、公開主義の原則から、受訴裁判所がその法廷で行うのが原則とされ、裁判所外で証拠調べを行うのは「裁判所力相当ト認メルトキ」としていた（旧二七九条）。そして、証人尋問に關しては、証人の証言態度や印象が信憑性評価にとって重要な要素となることから、とくに別途規定があり（旧二七九条）、受命裁判官等によるのは「証人力受訴裁判所ニ出頭スル義務ナキトキ又ハ正当ノ事由ニ因リ出頭スルコト能ハサルトキ」あるいは「証人力受訴裁判所ニ出頭スルニ付不相当ノ費用又ハ時間ヲ要スルトキ」とされていた（谷口案平・福永有利編・注釈民事訴訟法（6）二八七頁（藤原弘道））。沿革的には、大正大改正前の旧三一八条一項で、受命・受託判事による証人尋問が許される場合として「真実ヲ探知スル為メ現場ニ就キ証人ヲ訊問スルノ必要

ナルトキ」があげられていたが、大正大改正の際にこの規定は削除されている。ただし、当時の解釈としては、この受命・受託裁判官による尋問が不要とされたからではなく、旧二六一条一項の「相当ト認ムルトキ」の中にそのような場合が含まれると解されていたようである（中島毅・森田豊次郎・改正民事訴訟法解釈三三二頁）。しかし、戦後、旧一八七条三項（単独裁判官更迭の場合における証人の再尋問）、三五一條ノ二（証拠保全で尋問した証人の口頭弁論における再尋問）が規定され、直接主義が徹底するにいたり、証人尋問に関しては、法廷外の証拠調べが相当とされるのは、旧二七九条に示される場合に限られると解されるにいたったとされる（谷口・福永・前掲注釈（6）二八八頁（藤原））。

したがって、今日では受訴裁判所内での受命判事等による証人尋問はとつてい許されず、真実発見のために現場において証人尋問をなす場合にも、受命判事等に行わせることはできないと解されていた（菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法II四九一頁、兼子一ほか・条解民事訴訟法九九六頁、斎藤・注解民事訴訟法（5）三二頁）。しかし、これに対しては、実務上現場での証人尋問が行われることも稀ではなく、その必要性が高いとの指摘もあった（谷口・福永・前掲注釈（6）二八八頁（藤原）、研究会・新民事訴訟法をめぐって（15）ジュリスト一一二二号八一頁以下（柳田発言））。そのため、検討事項に於いては、①旧二七九条を削除し、大正改正前のように、裁判所が相当と認めるときこれ行ふことができるとする案、②旧二七九条の二号に加え、真実発見のため現場での尋問を認めるとする案、さらに、③旧二七九条の二号に加え、相当と認める場合において、当事者に異議のないときは裁判所外での尋問を認めるとする案が示された。これに対し、弁護士会からは、①案では裁判官の日程や時間のやりくり等も考慮される可能性があり、直接主義の形骸化の危険が生じうること、また、②案には「当事者の意見を聴いて」をつけ加え

るべきであるといった意見が出されたが（日本弁護士連合会・「民事訴訟手続に関する検討事項」に対する意見書一一八頁）、最終的に、新法は、この点に関し、真実発見のための「現場での証人尋問」および「当事者に異議のない場合」においても受命判事等による証人尋問を可能とした。

## 二 直接主義・公開主義との関係

### 1 現場での尋問

この点は、従来からの実務要請でもあり、ただその実現は立法によるべきであろうとされていただけに、今回改正によって、実務の要望に従った手続のより柔軟な運営が可能になったことになる。しかし、反面、この規定によって、これまで尊重されてきた直接主義、公開主義が制限される局面が増えたことも否定できない。その点を考えるならば、受命裁判官等による現場での尋問が、より合理的・迅速な訴訟運営をもたらし、かつ、真実の発見に資するとしても、それが間接的な証拠調べを強いるというデメリットを伴うことも十分に認識すべきであり、このメリット・デメリットの間で十分な比較考慮がされるべきである（いかに真実発見に資するとしても間接的証拠調べでは心証形成に限界があることを考えるべきである）。とくに、今回の改正により、受命裁判官等による裁判所外での証人尋問は一九五条の場合のみ可能である旨、限定列举である旨が文言上、明示されている（次に掲げる場合に限り、・・・させることができる）。その意味では、直接主義・公開主義の必要性が再確認されたともいうことができ、上記の点に関する留意は重要なことといえる。したがって、その趣旨を考えるならば、現場以外の場合に同条三項を拡張することは基本的には許されないと解されるべきであろう（ただし、同条四項の適用の可能性はのこる）。

同条にいう「現場」についての解釈にも幅があり得るものといえるが、右の趣旨からすれば、基本的には限定的に解されるべきであろう。検討事項等では、検証現場が念頭におかれているが、広くは、証人が証言すべき事実を体験した場所を意味するものと解する余地がある。しかし、その場合も、「真実を発見するために必要であるとき」といった要件の付されていることは留意すべきである。

## 2 当事者に異議のないとき

新法が、受命裁判官等による証人尋問を新たに認める場合として、「当事者に異議がないとき」がある。この規定に関しても、前号と同じように、直接主義の原則からすれば、限定的解釈が妥当なものと思われる。特にこの点で問題となるのは、この一九五条四項と一八五条一項との関係である。旧法下での解釈では、新法の一九五条にあたる旧二七九条は、一八五条（旧二六五条）にいう「裁判所が相当と認ムルトキ」の具体的内容と解されていた。

新法においても一九五条の一号から三号までは限定的な内容となっていることから、同様の解釈が成り立つが、四号に関してはむしろ限定を解除する性質を有する。したがって、この四号は、一八五条の裁判所が「相当と認めるとき」と無関係に受命裁判官による証人尋問を許す規定なのか、それとも、この四号が働くのは、一八五条にいう「相当と認めるとき」の範囲内でなのかが問題となる。学説中には、前者の見解を示す者も存在するが（矢吹徹雄「証人尋問③―証人尋問の仕方」三宅省三ほか・新民事訴訟法体系六六頁）、立法者の見解は後者である（前掲家研究会・ジュリスト一一二二号八二頁（柳田発言））。直接主義の原則のもとでは、立法者の見解を支持すべきであろう（同旨、伊藤眞・民事訴訟法三三四頁）。したがって、受訴裁判所は、裁判所外で受命あるいは受託裁判官による証人尋問が

相当とみとめるが、一九五条一号から三号までの要件にあてはまらないときには、四号の当事者に異議のない場合に限って、受命あるいは受託裁判官による証人尋問が可能ということになる。ただし、前述の趣旨からすれば、当事者が異議を述べない場合も、受訴裁判所による証人尋問が必要以上の遅延を予想させることによって、当事者の不本意ながらの合意をもたらすことのないように十分配慮すべきである。

なお、本条に違反した証人尋問が行われた場合であるが、旧法の解釈と同様に、当該証人尋問は違法と解されるが、当事者が責問権を放棄すると違法も治癒されると解される（菊井・村松「前掲」四九二頁）。本条は、鑑定および当事者尋問にも準用される（新法二二〇条、二二六条）。

### Ⅲ 尋問順序の変更と対質の利用

#### （尋問の順序）

- 第二〇二条 証人の尋問は、その尋問の申出をした当事者、他の当事者、裁判長の順序とする。
- 2 裁判長は、適当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、前項の順序を変更することができる。
  - 3 当事者が前項の規定による変更について異議を述べたときは、裁判所は、決定で、その異議について裁判する。



旧二九四条 証人ハ其ノ訊問ノ申出ヲ為シタル当事者先ツ之ヲ訊問シ其ノ終リタル後他ノ当事者之ヲ尋問スルコトヲ得

2 裁判長ハ当事者ノ訊問ノ終リタル後証人ヲ尋問スルコトヲ得

3 裁判長ハ必要アリト認ムルトキハ何時ニテモ自ラ訊問シ又ハ当事者ノ訊問ヲ許スコトヲ得

4 当事者ノ訊問カ既ニ為シタル訊問ト重複スルトキ、争点ニ関係ナキ事項ニ亘ルトキ其ノ他特ニ必要アリト認ムルトキハ裁判長ハ之ヲ制限スルコトヲ得

5 陪席裁判官ハ裁判長ニ告ケ証人ヲ尋問スルコトヲ得

規則第一一八条 裁判長は、必要があるとみとめるときは、証人その他の証人との対質を命ずることができる。

2 前項の規定により対質を命じたときは、その旨を調書に記載させなければならない。

3 対質を行うときは、裁判長がまず証人を尋問することができる。

旧二九六条 裁判長ハ必要アリト認ムルトキハ証人相互ノ対質ヲ命スルコトヲ得

## 一 旧法下での交互尋問制度の問題点と改正の経緯

わが国の交互尋問制度が多くの問題を抱えることは、既に折に触れて指摘されてきた点である。元来裁判官尋問

を前提とする制度の上に、戦後、英米法流の交互尋問を接ぎ木したことが問題の根幹とされるが、わが国の証人尋問は、ドイツの裁判官尋問に比べ時間がかかり、アメリカの交互尋問と比較したときには反対尋問が十分に機能していない点が指摘されている（このような点に関しては、木川統一郎「戦後最大のエラー・交互尋問の導入」判例タイムズ四〇〇号九六頁、同「交互尋問制度の運用と将来」新・実務民事訴訟講座二巻七五頁、同「交互尋問に関する法改正の必要性」ジュリスト九八号六六頁などが詳しい）。そのため、今回の改正以前から、わが国の交互尋問制度は、一時は廃止論も含め多くの議論を呼んでいた。しかし、近時の議論では、導入後五〇年を経過した今日、問題点はあるもののわが国の実務に定着した制度としてこれを維持すべきだというのが大勢といえる（議論の流れに関しては、太田幸夫「民事訴訟における証人尋問等の運営について」中村英郎教授古稀祝賀上巻・民事訴訟法学の新たな展開二八四頁以下に詳しい）。

この様な議論の中、改正作業においては、検討事項中で、①案として、「裁判所は、証人尋問をする場合において相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、第二九四条第一項及び第二項の尋問の順序を変更できる」とする案と、②案として、当事者の異議がないときに限り①案の変更ができるとの案を提示した。その後、要綱試案においては、右①案の「相当とみとめるとき」という文言が「適当と認めるとき」と変更されるが、基本的には検討事項と同様の両案併記がなされた。右提案は、民事訴訟においても、民事保全法一条（平成八年法一一〇号により削除、現行法では同七条により民訴法二〇二条が準用されている）と同様の尋問方法を採用することを念頭に提案されたが（研究会・新民事訴訟法をめぐって（15）ジュリスト一一二二号八八頁以下（福田発言）、これに対しては、交互尋問制度に例外を設けることは、当事者主義、弁論主義を後退させ、職権探知主義への道を開くものであるとの批判があ

った（この間の経緯については、太田・前掲論文二八七頁が詳しい）。最終的に、新法においては、尋問順序の変更は当事者の意見を聴いた上で行い、かつ、変更に対する異議の手続が規定されるに至った。

## 二 尋問順序の変更

### 1 本人訴訟への対応

新法二〇二条は、一項で従来の交互尋問方式を規定し、同条二項において尋問順序を変更することが可能な旨を規定する。しかし、同時に当事者の手続上の利益にも配慮し、三項は当事者に変更についての異議権を留保している。この二項のもうけられた趣旨は、本人訴訟への対応がその目的であることが指摘されている（法務省民事局参事官室編「一問一答新民事訴訟法」二三三頁）。すなわち、訴訟代理人のつかない本人訴訟では、当事者が主尋問・反対尋問を適切に行使できない可能性があり、これに代わり、裁判所が尋問を行うなどして円滑な訴訟進行が可能なようにしたものである。

### 2 反対尋問権の保障から実質的反証権の保障への転換の必要性

右のような本人訴訟対応型の尋問順序の変更には大方異論のないものと思われるが、今後の実務において、さらに他の場合においても本条の活用之余地がないかについては検討を要する。この点に関しては、現状では、本条は本人訴訟対応のみにその利用を制限すべきとの見解もある。そのため、尋問順序の変更にあたっては、まず裁判所が中立・公平な立場から尋問した方が真実発見に役立つ等という職権探知的な理由で変更がなされないようにすべき

だといった指摘があるほか（日本弁護士連合会民事訴訟法改正問題委員会編・改正のポイント新民事訴訟法（別冊NBL 20. 42）一一二頁）、大阪弁護士会民事訴訟改正と民事裁判改善に関するシンポジウム実行委員会「意見書 新民事訴訟法のもとでの審理のあり方」（判例タイムズ九三八号四二頁）では、陳述書の利用による主尋問の省略への懸念が示されている。

しかし、新法においては、一八二条によって集中証拠調べの原則が宣言され、そのための規則等も整備されている。その様ななかであり、証拠調べにおいて最も時間を要し、中心的な存在である証人尋問に関しては、これまでにない工夫が必要とされる（前掲研究会（14）・ジュリスト一一二二号一一二頁以下（福田発言））。その意味で、本条に関しては、単に本人訴訟への対応のみならず、さらに幅広い活用余地を考えるべきであろう。その点にかかわり、以下、反対尋問権の保障から実質的反証権の保障への転換という視点から若干の提言をしたい。

そもそも証言は、その内容が不確定で尋問如何によってその内容が変わり、かつ、証人の知覚や記憶が不正確であることを考えると、単純に主尋問のみ、あるいは、裁判官尋問のみによって、それらを証拠資料とすることには疑問が残る性質のものである。したがって、今日のように、相手方当事者に反対尋問権を認める交互尋問制度は正確な事実認定という点では一定の合理性を有する制度である。しかし、反面、わが国の制度のもとで反対尋問を認めることによって十分な反証が保障されるかには大いに疑問がある。既に指摘されているように、わが国では反対尋問を有効に機能させるために必要となる証拠開示の制度が完備されておらず、十分な準備のもとでの反対尋問の行使が非常に難しい点が指摘されている（小島武司「証拠保全の再構成」自由と正義二九卷四号三五頁、霜島甲一「アメリカ合衆国の開示手続」法学志林七九卷四号七頁）。また、最近では、かりに、ディポジションのような開示制度が

存在したとしても、反対尋問による真実発見には限界のあることが、証言心理学の研究成果から指摘されている（たとえば、拙稿「証人尋問制度の心理学的考察（二）」法学五一巻五号一四二頁、椎橋邦雄「アメリカ民事訴訟における中立証人汚染防止の試み」木川統一郎博士古希祝賀『民事裁判の充実と促進』下巻三五六頁など）。そのような状況のもと、さらに留意すべき点として指摘できるのは、訴訟促進が叫ばれる今日、現実の証人採用人数が減少しつつある点である（林屋礼二・データムック民事訴訟九六頁）。そのような総量規制的環境の元では、準備の難しい反対尋問に時間を費やし、少ない証人で勝敗を決するか、それとも、反対尋問時間は多少節約しても、自己側が十分準備可能な反証、たとえば自己側の対立証人を立てることによって反証を試みるのかといった点が比較考慮される可能性が十分あり得ることになる。そこでは、十分な準備手段を伴わない反対尋問の機会を与えることによって、当事者の反証権を保障したと考えるべきか、それとも、実質的に当事者の反証手段となりうるものを保障する方向で考えるべきかを再考する必要がでてくる。そして、もし後者の視点に立つとすれば、今後、主尋問・反対尋問を軸とした尋問だけではなく、主尋問連続後の反対尋問や対質、集合的な証人尋問の実施など柔軟な尋問形態を用いることも考えられてしかるべきであろう。

実際、多くの証人が一期日に会する集中審理の産物として、すでにこの方向での実践的な試みや提言がなされている（たとえば、木川統一郎・吉田元子「当事者争点から証人争点へ―集中証拠調べの改善のために―」判例タイムズ八九四号一六頁以下、拙稿「民事訴訟における証人尋問の再生をめざして」民事訴訟法雑誌四三巻二〇四頁以下（同・民事裁判心理学序説三四三頁以下所収）、西口元ほか「チームワークによる汎用的訴訟運営をめざして―事前準備、争点整理及び集中証拠調べの一つのモデル（5・完）」判例タイムズ八五八号六九頁、前掲研究会（14）ジュリスト一一二二号一一四頁

（福田発言）。これら試みに、法的根拠と枠組みを提供するものとして、今後、本条の利用が考えられるべきであろう。

### 3 異議権の解釈

ただ、前述のような柔軟な尋問形態の実施が望ましいとしても、当然無制限にそれが許されるわけではない。尋問順序の変更は裁判所の権限となつてはいるが、当事者に異議権が留保されている点に注意する必要がある。実際上は、当事者に前述のような希望があれば、当事者がその旨裁判長に上申し、裁判長は相手方の意見を聞くということになろう。しかし、規定の上では、当事者の意見は聞くがそれに拘束されるわけではなく、当事者の希望と裁判長の訴訟指揮が異なる場合も考えられる。そして、そのような場合のために、当事者に異議権は保障されているが、問題はどの様な異議が認められるべきかという点である。

前述のような、反対尋問以外の反証権の行使は、時として全部または部分的な反対尋問権とのトレードオフとともに認められることが考えられる。当事者が反対尋問権の放棄・猶予（主尋問の直ぐ後に行使せず事後に行使するなど）とともに尋問順序の変更を希望するときはもちろん認められるべきであるが、問題は、当事者があくまでも反対尋問権の行使を主張する場合である。その場合、当事者が反対尋問権に固執する以上は、尋問順序の変更は認められないと解すべきであろう。すなわち、反対尋問権は最小限の反証権として当事者に留保されているが、それを行使するかどうかは、当事者の権限とされており、当事者が反対尋問以外の反証権の行使を希望あるいは合意する時のみ、裁判長による尋問順序の変更が可能と考えるべきである。この場合、反対尋問権は、新法によって一個の

反証手段に相対化されたが、しかし、最低限の反証権として依然として保障されていると解すべきである。

ただし、現実に異議権が行使されたとしても、受訴裁判所が合議体の場合は合議体がその異議の審理を行うが、単独の場合は、本条の適用の適用可能性がないし、この点に関する独立の不服申し立てはできない、というのが、旧二九五条の解釈である（『岩松兼子・法律実務（4）』二三〇頁。ただし、単独裁判官の場合も意義による再考の余地は残るとする見解もある。菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅱ三三五頁、斎藤秀夫編・注解民事訴訟（5）一〇一頁）。

この点の解釈は、新法においても受け継がれるものと思われる。とすれば、単独裁判官に関しては、異議権の存在もあまり大きいものとはいえないという問題が残る。その意味で、単独裁判官の尋問順序の変更は、慎重であるべきだということもいえる。一つの対応としては、争点整理段階での立証計画の協議を十分にすることによって裁判官と当事者の意志疎通を図った尋問実施が図られるべきであろう。従来は、裁判官の裁量権と当事者の手続権との調整が、反対尋問権を軸にして検討されてきたが、今後は、単純に反対尋問権が保障されているかだけの議論ではわが国の実務に合わなくなる可能性がある。別途、反論権といった、反対尋問以外の反証権限も含めた形での概念構成が必要なるように思われる。今回の改正で、尋問順序の変更に関しては、当事者の意見を聴き、さらに当事者に異議権が留保されたのは、この規定が単に裁判官の訴訟指揮の便宜のためではなく、当事者の主体性を重んじた尋問形態の追求を目指したからであると見るべきであり、その方向での実務の蓄積が期待されるべきであろう。

### 三 対質尋問の活用と問題点

旧法では民事訴訟法に規定されていた対質に関する規定（旧二九六条）が、今回の改正によって規則で規律され

ることとなった（規則一一八条、一二六条）。と同時に、「証人相互ノ対質」という文言が「証人と他の証人との対質」に改められ、その実施にあたつては、まず裁判長が尋問できるとの規定が設けられた。前者の変更の趣旨は、質問者が二人以上の証人を同時に面前に並べて尋問するという対質の形態をより明確に示そうとしたものであり、後者の裁判長の尋問についての規定は、申請者の異なる複数の証人に同時に尋問を行う尋問形態においては中立的な裁判官からの尋問が適切な場合もあるという配慮があつてのことであると説明される（最高裁判所事務総局民事局監修・条解民事訴訟規則二六〇頁以下）。

新法下においては、一八二条によつて集中的な証人尋問が行われるため、従来のようにわざわざ対質のために証人を同時に呼び出すといった配慮は取り立てて必要ではなくなり、対質を利用しやすい体制が整つたといえる。本条は、そのような集中審理体制に合わせたの規定の整備といえる。そして、従来法律事項として、法が認める特別な尋問形態であつたものが、実施細則である規則事項に落ちたことは、対質は特別の法律がなくても広く認められた尋問実施形態うちのひとつとして位置づけられたことになり、尋問形態の多様化を図つた立法方針と一致するといえる（ただし、現行法の分離尋問の原則は、規則の一〇二条に引き継がれ、原則個別尋問であることは維持されている。しかし、その積極的意義の薄れた点は、前掲研究会（15）ジュリスト一二二号九一頁（福田発言）。旧法下においても、集中審理の試みのなかで、対質を用いることの有効性が指摘されてきた（西口元「対質尋問の実証的研究—証拠法研究のプロローグ—」木川統一郎博士古希祝賀『民事裁判の充実と促進』下巻二六五頁）。今回の改正も、その様な改革の試みの中では評価に値するものといえよう。

ただ、ここで一つ考えなくてはならないのは、この新法下における対質が、従来から存在した対質と同一のもの



でいいかという点である（正確には、対質に対する考え方が同一でよいか）。現行法の対質は、ドイツ法に起源を有するものである（西口「前掲対質尋問」二七〇頁以下）。その前提となっている尋問制度は、事前面接を回避した職権尋問制度である。そこでは、証人の党派制は前提とされておらず、いわば矛盾する証言の根拠は、偽証等証人個人の悪意に帰属される傾向がある。それ故、従来から対質は矛盾顕在化のための証人の衝突の場のような理解がなされてきたように思われる。しかし、今日のわが国の制度のような当事者主義構造のもとでは、証人は無意識のうちにも党派性を有し、証言内容が変更する傾向が示されている。それ故、単に証言内容に矛盾があつたからといって、すぐに対質を用い、従前のように証人同士の対立の場に証人を置くことは、善意の証人の人格を傷つける可能性があり、謙抑的に考えられるべきであらう。真実を追求することが訴訟の一つの目的としても、ただ真実がわかればそれでよいというのではなく、より証人の人格を尊重した形でそれが行われるべきであらう。

その意味では、対質自体も、糾問的要素のつよい完全な二者対立型のみではなく、集中審理体制に合わせ、複数対質型や主尋問との組み合わせなど多様な尋問形態が考えられるべきといえる。前述のように、近時の集中審理の試みの中では現にそのような試みの報告がなされている。今後、この方向で、わが国独自の対質形態が生みされていくべきであらう。